

Strafbare overheden : een rechtsvergelijkende studie naar strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden voor milieuverstoring

Citation for published version (APA):

Roef, D. (2001). *Strafbare overheden : een rechtsvergelijkende studie naar strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden voor milieuverstoring*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Intersentia. <https://doi.org/10.26481/dis.20010627dr>

Document status and date:

Published: 01/01/2001

DOI:

[10.26481/dis.20010627dr](https://doi.org/10.26481/dis.20010627dr)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Samenvatting

Dit boek is een verslag van een rechtsvergelijkend onderzoek naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden voor milieuverstoring. Het onderzoek heeft betrekking op de vraag in welke gevallen overheden strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld, en of een strafrechtelijke aansprakelijkheid mogelijk moet zijn wanneer deze in bepaalde gevallen wordt uitgesloten. Concrete aanleiding voor het onderzoek is de jurisprudentie van de Hoge Raad over de strafvervolgning van overheden. Volgens de Hoge Raad geniet de Staat der Nederlanden een absolute strafrechtelijke immuniteit (Volkel-arrest 1994), en genieten openbare lichamen een strafrechtelijke immuniteit wanneer het gepleegde feit is begaan bij de uitvoering van een exclusieve bestuurstaak (Pikmeer II-arrest 1998). Op basis van de bevindingen uit dit onderzoek wordt de vraag beantwoord of de strafrechtelijke immuniteit voor overheden moet blijven bestaan. Ook worden aanbevelingen geformuleerd die kunnen bijdragen aan een oplossing van deze problematiek.

In hoofdstuk I wordt het onderwerp van het onderzoek nader toegelicht en wordt een plan van aanpak gepresenteerd. Hoewel een strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden niet slechts betekenis heeft voor milieudelicten, blijkt deze probleemstelling juist voor het milieustrafrecht van groot belang. Twee situaties dienen daarbij van elkaar te worden onderscheiden. De eerste is die waarin het milieudelict zelf rechtstreeks door een overheid wordt begaan, zoals het uitbaten van een illegale stortplaats van een gemeente. Belangrijk is echter ook de situatie waarin een overheid op onrechtstreekse wijze, door onzorgvuldige vergunningverlening of gebrekkige controle, bijdraagt tot milieuverstoring. Beide situaties komen in dit boek aan bod. Juist in een rechtsgebied als het milieurecht, waar overheden zelf via de verantwoordelijke bewindslieden vorm en inhoud geven aan regelgeving enerzijds en de handhaving ervan anderzijds, is de vraag gerechtvaardigd of deze overheden strafrechtelijk ter verantwoording kunnen worden geroepen wanneer zij zelf de milieuwetgeving overtreden.

In hoofdstuk II wordt een schets gegeven van het rechtskarakter van het milieustrafrecht, en wordt beschreven hoe dit zijn schaduw vooruitwerpt op de vervolgbaarheid en de strafbaarheid van overheden. Het milieustrafrecht blijkt voor een belangrijk deel instrumentalistisch en overheidsondersteunend te zijn georiënteerd. Dit houdt verband met de wijze waarop het milieustrafrecht in onze risicomaatschappij is geconcipeerd. Het milieustrafrecht is

gekenmerkt door een administratieve afhankelijkheid, meer in het bijzonder door een vergunningafhankelijkheid. De voorwaarden van strafbaarheid worden in belangrijke mate door milieuoverheden vastgelegd door het vaststellen van emissienormen in vergunningen en ontheffingen. Zij zijn eveneens verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de milieuregelgeving. De meeste milieustrafbaarstellingen richten zich daarom hoofdzakelijk tot burgers en niet ook tot de overheden, die in de eerste plaats als de bewakers van het leefmilieu worden beschouwd en niet als mogelijke verstoorders van het leefmilieu. Hierdoor is er weinig ruimte voor een milieustrafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden, vooral wanneer zij als 'overheden' optreden en bijvoorbeeld via onzorgvuldige vergunningverlening of handhaving bijdragen aan een ontoelaatbare vorm van milieuverstoring. Er is dan ook gepleit voor een machtskritische herijking van de fundamenteën van het milieustrafrecht. Dit betekent onder meer dat de bestaande milieustrafbaarstellingen minder bestuursafhankelijk moeten worden geformuleerd, waardoor de nadelen van een absolute administratieve afhankelijkheid kunnen worden opgevangen, en in beginsel niet alleen vergunningplichtige particulieren, maar ook de voor het leefmilieu verantwoordelijke overheden onder de werking van het milieustrafrecht vallen.

In hoofdstuk III wordt vanuit de rechtsvergelijking bekeken op welke wijze overheden strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. Eerst wordt de Nederlandse jurisprudentiële ontwikkeling tot aan Pikmeer II besproken waarna vervolgens een inventarisatie wordt gegeven van de belangrijkste knelpunten in de andere bestudeerde landen. Frankrijk en Nederland hebben gekozen voor een drievoudige oplossing. In de eerste plaats geldt voor de staat een absolute immuniteit. In de tweede plaats is er voor de lagere overheden een immuniteit die slechts bestaat wanneer de overheid in kwestie een delict pleegt bij de uitoefening van een exclusieve overheidstaak. Daarvan is sprake indien het gaat om gedragingen die uitsluitend door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht (Nederland) of gedragingen die niet aan private (rechts)personen kunnen worden gedelegeerd (Frankrijk). Andere publiekrechtelijke rechtspersonen blijven strafrechtelijk aansprakelijk. Een verschil is evenwel dat naar Frans recht in tegenstelling tot in Nederland niet de vervolgbaarheid van bepaalde overheden wordt uitgesloten, maar de strafrechtelijke verantwoordelijkheid. Een ander verschil is dat Frankrijk heeft geopteerd voor een expliciete wettelijke regeling, terwijl in Nederlandse recht werd gekozen voor een buitenwettelijke jurisprudentiële oplossing. Ook in België zijn overheden niet strafrechtelijk verantwoordelijk voor de door hen gepleegde delicten. Het nieuwe artikel 5 van het Belgische strafwetboek sluit zowel de centrale overheid als de decentrale overheden uit van de in 1999 ingevoerde strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen. In tegenstelling tot het Franse en het Nederlandse recht wordt niet gedifferentieerd tussen decentrale overheden en de staat, noch in soorten overheidsgedragingen. Er is geen onderscheid gemaakt in de hoedanigheid waarin de overheid optreedt, hetgeen een discriminatie doet ontstaan met particuliere bedrijven. Voor de strafrechtspraktijk betekent dit dat in het geval van een door een overheid gepleegd milieudelict, moet worden gezocht naar een natuurlijke persoon binnen de overheidsorganisatie waaraan het delict kan worden toegerekend. Aan de hand van een analyse van de Belgische rechtspraak werd vastgesteld dat zo'n individualistische benadering zeer ingewikkeld is, en in de meeste gevallen geen recht doet aan de organisatorische of corporatieve verwijtbaarheid die vaak aan het delict ten grondslag ligt. Ook uit een analyse van

de Duitse rechtspraak blijkt dat een louter individualistische aanpak niet volstaat. In Duitsland wordt getracht de afwezigheid van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de (publiekrechtelijke) rechtspersoon te compenseren door een stelselmatige uitbreiding van de individuele 'Amtsträgerstrafbarkeit'. Er wordt voornamelijk gebruik gemaakt van zorgplichten waarvan de rechtsbeschermende draagkracht kan worden betwijfeld. Zowel uit de Duitse als de Belgische aanpak blijkt duidelijk wat de moeilijkheden zijn die rijzen bij afwezigheid van een strafbaarstelling van overheden. Er moet dan noodgedwongen worden gezocht naar verantwoordelijke natuurlijke personen binnen de overheidsorganisatie hetgeen zowel inefficiënt is als vanuit de optiek van de rechtsbescherming van de individuele verdachten onrechtvaardig.

In hoofdstuk IV worden de in de Nederlandse jurisprudentie ontwikkelde criteria voor immuniteit van decentrale overheden besproken: het openbaar lichaam - of subjectcriterium en het exclusieve bestuurstaakcriterium. Het subjectcriterium is vrij arbitrair, onduidelijk, en grotendeels achterhaald. Ervan uitgaande dat het subjectcriterium zijn verklaring vindt in het verband tussen de organisatorische inrichting van een openbaar lichaam en het bestaan van publiekrechtelijke controle- en verantwoordingsmechanismen binnen dat lichaam moet worden geconcludeerd dat de bestaansreden van het subjectcriterium duidelijk op de helling is komen te staan nu in *Pikmeer II* is bepaald dat het stelsel van politieke verantwoordelijkheid en dat van bestuurlijk toezicht niet in strijd zijn met de strafrechtelijke vervolgbaarheid. Het subjectcriterium lijkt te zijn ingegeven door een louter willekeurige differentiatie in typen publiekrechtelijke rechtspersonen en biedt geen deugdelijke basis voor de begrenzing van de strafrechtelijke immuniteit. Daarnaast is vastgesteld dat het (aangescherpte) taakcriterium niet voldoende in staat is de immuniteit van overheden te rechtvaardigen. Allereerst is onduidelijk wanneer in concreto sprake is van een exclusieve bestuurstaak. Zowel op theoretisch als op praktisch vlak kan een principiële differentiatie tussen overheid als zodanig en overheid als particulier worden in vraag gesteld. Bovendien blijkt mede uit een vergelijking met het civiele recht dat de erkenning van beslissingsruimte in hoofde van de overheid rechterlijke controle niet in de weg hoeft te staan. Nu enerzijds de Hoge Raad heeft bepaald dat politieke en bestuurlijke controle strafvervolgning niet hoeven uit te sluiten, en anderzijds de administratieve en civiele rechter beleidsvrij overheidshandelen kunnen toetsen, blijft onbeantwoord wat de meerwaarde is van het taakcriterium. Er is daarom geen afdoende reden om vast te houden aan de immuniteit van openbare lichamen. Er kan beter worden gekozen voor een materiële benadering van de problematiek via het stelsel van rechtvaardigingsgronden, ook wanneer het feit is gepleegd bij de uitvoering van een exclusieve bestuurstaak.

In hoofdstuk V wordt aandacht besteed aan enkele argumenten voor en tegen een strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden. De voornaamste argumenten tegen een strafrechtelijke aansprakelijkheid zijn de machtscheiding, de doorkruising van politieke en bestuurlijke controle en het vertrouwensverlies. Deze argumenten zijn niet in die mate overtuigend dat ze een uitsluiting van overheden van de werking van het strafrecht kunnen rechtvaardigen. Een belangrijke rode draad in veel van de argumenten is dat het primaat moet liggen bij niet-strafrechtelijke controlemechanismen, zoals bestuurlijk toezicht of politieke controle. De bij overheden aanwezige beslissingsruimte hoeft evenwel geen belet-

sel te zijn voor strafrechterlijke controle. Ook wanneer overheden over beoordelings- en beleidsvrijheid beschikken, moet de strafrechter het overheidshandelen bij de beoordeling van de strafbaarheid van het feit op een vergelijkbare wijze als de bestuursrechter aan het recht kunnen toetsen. De mogelijke beperkingen van democratische en bestuursrechtelijke controle kunnen vanwege het karakter van deze instrumenten niet in die zin worden opgelost dat zij strafrechtelijke controle volledig overbodig maken. Het primaat van alternatieve controlemechanismen kan wel rechtvaardigen dat niet onbehoedzaam met strafvervolgning moet worden omgegaan. Dit moet bij de opportuniteit van de vervolging worden beoordeeld. Het vestzak-broekzak argument en het bezwaar dat de staat zichzelf vervolgt, zijn de belangrijkste argumenten voor immuniteit van de staat. Deze argumenten hebben één basisfilosofie gemeen: de staat wordt als een bijna mythisch ondeelbaar geheel waargenomen. In zijn algemeenheid strookt een monolitische voorstelling van de staat, als rechtvaardiging voor staatsimmuniteit, niet met het recht, noch met de maatschappelijke realiteit. Immers, met een zelfde argumentatie dient dan ook te worden uitgesloten dat de staat zichzelf civielrechtelijk aansprakelijk stelt, of aan zichzelf belastingen betaalt. De 'ondeelbaarheid' van de staat speelt in het strafrecht voornamelijk parten omdat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden via artikel 51 Sr is gekoppeld aan een civielrechtelijk gekleurd rechtspersoonlijkheidsbegrip. Het is de rechtspersoon 'de staat' die moet worden vervolgd indien binnen haar organisatie door een andere 'entiteit', die geen rechtspersoonlijkheid bezit, een strafbaar feit wordt begaan. Er kan dan ook worden betoogd dat voor een strafrechtelijke aanpak en controle van publiekrechtelijke organisaties, die tot 'de staat' behoren, rechtsstatelijke realisme moet primeren. Dit betekent dat men de strafrechtelijke blik niet langer op de rechtspersoonlijkheid van de staat dient te richten, maar op de publiekrechtelijke organisaties, die als zelfstandige strafrechtelijke rechtssubjecten moeten worden beschouwd, omdat zo veel meer recht wordt gedaan aan de maatschappelijke realiteit alsook aan de legitieme doelstellingen die het strafrecht bij de aanpak van overheidscriminaliteit moet kunnen vervullen. De strafrechtelijke controle op centraal overheidshandelen wordt zo tot zijn werkelijke proporties teruggebracht.

In hoofdstuk VI staat het ouderschap van overheden voor milieuverstoring centraal. Aan de orde komen verschillende ouderschapscriteria, die per type milieudelict in het licht van het schuldbeginsel worden geëvalueerd. Het blijkt vanuit strafrechtelijk handhavingsperspectief niet mogelijk noch wenselijk één algemeen geldend ouderschaps criterium uit te denken op basis waarvan een overheid (of een andere rechtspersoon) voor milieuverstoring strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. Wil men het corporatieve ouderschap werkelijk ernstig nemen dan moet rekening worden gehouden met zowel de instrumentele als met de rechtsbeschermende dimensie van het strafrecht. In de praktijk betekent dit dat men dan geval per geval moet kijken naar de aard van de organisatie en het type milieudelict dat in een concrete casus wordt tenlastegelegd. Een objectieve aansprakelijkheid moet worden vermeden. Daarbij is het van belang dat bewijsrechtelijk rekening wordt gehouden met de eigen verantwoordelijkheidssfeer van de rechtspersoon als onderscheiden van die van de daarin werkzame natuurlijke personen. De corporatieve 'schuld' moet uit de concrete bewijsmiddelen blijken, wil men niet afglijden naar een risico-aansprakelijkheid. Gaat het om complexe organisaties en in tijd gespreide risicovolle activiteiten dan kan het ouderschap van de rechtspersoon worden gefundeerd op de feitelijke bedrijfsvoerings-

schuld, de 'Lebensführungsschuld' van de organisatie, mits deze maar uit concrete feitelijke elementen blijkt.

In hoofdstuk VII wordt op rechtsvergelijkende wijze aandacht besteed aan 'de macht' van de vergunning in het milieustrafrecht. De administratieve afhankelijkheid van het milieustrafrecht levert een belangrijk argument voor een strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden indien zij door een onzorgvuldige vergunningverlening bijdragen tot een ontoelaatbare graad van milieuverstoring. Dit probleem speelt vooral wanneer een onrechtmatige vergunning een strafuitsluitende werking heeft. Daarom is eerst onderzocht wat de strafrechtelijke gevolgen zijn voor de strafrechter en de vergunninghouder indien een vergunning in strijd met wet of recht wordt verleend. Zo blijkt in Duitsland de strafrechtelijke toetsing zeer beperkt te zijn door een sterke Verwaltungsaktsakzessorietät. Dit heeft als consequentie dat de justitiabele die beschikt over een onrechtmatige maar rechtsgeldige vergunning in een aantal gevallen toch vrijuit gaat wanneer hem een handelen zonder (rechtmatige) vergunning wordt tenlastegelegd. In Nederland is de strafrechter gebonden aan de formele rechtskracht van beschikkingen, maar dit lijkt alleen bij belastende beschikkingen een beslissende rol te spelen, namelijk wanneer de justitiabele als verweer aanvoert dat de vergunningsvoorwaarden die hij heeft geschonden onrechtmatig zijn. Legt het OM een handelen zonder (rechtmatige) bevrijdende vergunning ten laste dan lijkt niets zich te verzetten tegen een strafrechtelijke toetsing. Dit betekent dat de beperkte toetsingsbevoegdheid in Nederland geen belemmering hoeft te zijn voor de strafrechtelijke handhaving van het milieurecht omdat het OM de onrechtmatigheid van bevrijdende vergunningen kan aanvoeren. De strafrechter kan in zo'n geval toetsen, hetgeen betekent dat onrechtmatige bevrijdende vergunningen geen automatische strafuitsluitende werking hebben. Anderzijds is wel duidelijk geworden dat de beperking van de strafrechtelijke toetsingsbevoegdheid nadelig is voor de rechtspositie van de verdachte, daar hij zich niet voor het eerst bij de strafrechter op de onrechtmatigheid van een door hem overtreden voorschrift kan beroepen. De strafrechter acht zich dan gebonden aan de formele rechtskracht. Er is daarom bepleit dat de strafrechter steeds de bevoegdheid zou moeten hebben om vergunningen aan wet en recht te toetsen. Het Belgische recht lijkt met de strafrechtelijke toetsing het verst te gaan. De Belgische strafrechter heeft ambtshalve de grondwettelijke plicht om elke administratieve rechtshandeling die hij toepast te toetsen. Deze ruime toetsingsplicht heeft tot gevolg dat zowel het OM als de verdachte steeds de onrechtmatigheid van beschikkingen kunnen aanvoeren.

In dit hoofdstuk komt ook aan de orde of er nood is aan een afzonderlijke strafbaarstelling van wederrechtelijke vergunningverlening. Wederrechtelijke vergunningverlening is immers niet als zodanig strafbaar gesteld, en talrijke milieunormen richten zich uitsluitend tot vergunninghouders en vergunningplichtigen, zodat de vergunningverlenende instanties de vereiste daderschapskwaliteit missen. De vergunningverlener kan dan slechts worden vervolgd als deelnemer aan het door de vergunninghouder gepleegde delict. Strafrechtsdogmatisch lijken er geen onoverkomelijke bezwaren om de deelnemingsregeling op milieudelicten toe te passen en om via die weg tot een strafrechtelijke aansprakelijkheid van de vergunningverlener te komen. Wel is benadrukt dat een strafrechtelijke aansprakelijkheid op grond van deelneming moeilijk denkbaar is zolang er geen bruikbare milieu-

strafrechtelijke alternatieven zijn voor de abstracte gevaarzettingsdelicten, die hoofdzakelijk het overtreden van administratieve plichten strafbaar stellen en niet rechtstreeks het leefmilieu beschermen. In die zin levert het onderzoek naar een strafrechtelijke aansprakelijkheid voor wederrechtelijke vergunningverlening een extra argument op voor een herijking van het huidige milieustrafrecht. Daarnaast is van belang dat de strafrechter bevoegd moet zijn om de vergunningverlening aan wet en recht te toetsen. Indien de strafrechter gebonden is aan vergunningen, ook al zijn deze evident materieel onrechtmatig, dan is een strafrechtelijke aansprakelijkheid van zowel vergunninghouder als vergunningverlener immers uitgesloten. Deze mogelijke hinderpalen rechtvaardigen echter geen wetgevend ingrijpen in die zin dat een separate strafbaarstelling voor wederrechtelijke vergunningverlening zou moeten worden gecreëerd. Allereerst blijkt het met de toetsingsbevoegdheid van de Nederlandse strafrechter nogal mee te vallen, in die zin dat de formele rechtskracht niet van toepassing lijkt te zijn wanneer het OM de onrechtmatigheid van de vergunning, waarop de justitiabele zich beroept, aanvoert. Dit is een groot verschil met Duitsland waar de strafrechtelijke toetsing van vergunningen de meeste problemen oplevert en vergunninghouders, die een milieudelict begaan, zich ook achter onrechtmatige vergunningen kunnen verschuilen. Het is vooral door deze beperkte toetsingsbevoegdheid van de Duitse strafrechter dat in het Duitse milieustrafrecht wordt gepleit voor een 'Amträgerstrafbarkeit für fehlerhafte Genehmigung', omdat door de strafuitsluitende werking van onrechtmatige vergunningen de eigenlijke daders vrijuit kunnen gaan. In Nederland zijn deze nadelen veel minder aanwezig daar vergunninghouders nauwelijks beroep kunnen doen op onrechtmatige vergunningen. In die zin lijkt dan ook geen aanwijsbare reden aanwezig om in het Nederlandse strafrecht over te gaan tot een separate strafbaarstelling van wederrechtelijke vergunningverlening. Bovendien dient de milieustrafrechtelijke aandacht zich primair te richten op de verantwoordelijkheid van de vergunningplichtige en pas in tweede instantie op die van de vergunningverlener.

In hoofdstuk VIII worden eindconclusies geformuleerd alsook enkele aanbevelingen ter verbetering van de vastgestelde knelpunten. De voornaamste conclusie is dat het uitgangspunt dat overheden (in bepaalde gevallen) boven de strafwet dienen te staan, getuigt van een eenzijdige benadering van het strafrecht, dat slechts waarde zou hebben als instrument in handen van de overheid voor de regulering en de controle van het gedrag van burgers. Dit uitgangspunt is zowel vanuit rechtsstatelijk perspectief als vanuit de na te streven bescherming van het leefmilieu niet langer verantwoord. Daar er geen overtuigende argumenten zijn voor een strafrechtelijke immuniteit voor overheden, en het niet mogelijk is duidelijke criteria aan te geven op grond waarvan overheden van strafvervolging moeten worden uitgesloten, verdient het aanbeveling dat definitief afstand wordt genomen van de thans bestaande immuniteiten. Er kan beter volledig worden gekozen voor een materiële benadering van de problematiek. Dit betekent dat wanneer de opportuniteitsvraag positief wordt beantwoord en tegen de verdachte overheid een strafvervolging wordt ingesteld, door de strafrechter op het niveau van de wederrechtelijkheid moet worden bekeken of het gepleegde feit een strafrechtelijke reactie rechtvaardigt. Een andere aanbeveling is dat artikel 51 Sr wordt aangepast in die zin dat ook publiekrechtelijke organisaties die behoren tot de staat, maar zelf geen rechtspersoonlijkheid hebben, gelijk worden gesteld met het begrip 'rechtspersoon' in de zin van artikel 51 Sr. Wat het vraagstuk van wederrechtelijke

vergunningverlening betreft, kunnen de meeste problemen, zoals beperkingen op het vlak van strafrechtelijke toetsing, worden verklaard door de sterke administratieve afhankelijkheid van het milieustrafrecht. Een mogelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid voor wederrechtelijke vergunningverlening wordt daarom vaak verdedigd als een correctief op deze administratieve afhankelijkheid. Het verdient evenwel geen aanbeveling om die reden een separete strafbaarstelling voor wederrechtelijke vergunningverlening in te voeren. Het lijkt verstandiger de nadelen van de administratieve afhankelijkheid op te vangen via een herijking van het milieustrafrecht door het (her)formuleren van minder bestuursafhankelijke strafbaarstellingen, die op meer rechtstreekse wijze het leefmilieu beschermen.

Summary

This book deals with a comparative research on the criminal liability of public entities for environmental pollution. The research deals with the question whether public entities can be prosecuted for environmental crimes, and whether existing immunities from prosecution should be abandoned. The main reason for this research is the recent jurisprudence of the Dutch Supreme Court. According to the Supreme Court the State has an absolute immunity from prosecution (Volkel-decision 1994). Other entities under public law, public authorities like municipalities, have an immunity from prosecution when the criminal offence is committed within the framework of an exclusive administrative task (PikmeerII-decision 1998). The same rule applies to the directing civil servants. On the basis of the outcome of this research recommendations are given that can contribute to a solution of this problem of immunity of public authorities.

In *Chapter I* the subject of the research is explained. This chapter includes also a description of the comparative methodology. Although the criminal liability of public entities is not only a problem in environmental criminal law, it is a topic that plays an important role in this particular field. The criminal liability of public authorities in the sphere of environmental pollution has many faces. First, there is the most common situation where public authorities commit in a direct way environmental criminal offences; a situation which is quite similar to the environmental pollution caused by private entities (enterprises). The sole difference is the public law nature of the offender. Second, there is the situation where public authorities are in a more indirect way responsible for environmental pollution, e.g. by granting unlawful licenses. In our welfare-state and risk-society administrative agencies play a crucial role in environmental law because they can determine the legally permitted amount of pollution by setting emission standards through the use of licences. The way in which these agencies perform their administrative duties has therefore a strong impact on the quality of the environment. Hence the question arises whether these administrative agencies can be held criminally liable in cases of unlawful granting of licences or when they are responsible for a deficient exercise of their surveillance duties, thus failing to intervene in cases of environmental pollution. Therefore this book is not only focused on the criminal liability of public entities in cases where they have directly caused environmental pollution, it deals also with the question whether criminal liability is possible when they grant unlawful licences.

Chapter II gives a description of the main legal characteristics of current environmental criminal law. The purpose of this chapter is to show how these characteristics may create theoretical and practical impediments for the prosecution and criminal liability of public entities. Environmental criminal law has a strong instrumentalistic orientation, *i.e.* that most of the criminal provisions are set up as an instrument or a 'tool box' for guaranteeing administrative authority. In other words, current environmental criminal law offers not a direct protection of the environment, but is based upon a command and control basis. Environmental criminal law is characterized by an administrative dependency, a dependency upon individual decisions of administrative agencies (*Verwaltungsakzessorietät*): the conditions of criminal liability are laid down by administrative agencies in licences. Most of the environmental offences follow the model of abstract endangerment and are thus focussed on the environmental risk-behaviour of private enterprises and not as much on the failing risk-management of the administrative agencies. This has for a consequence that there is not much room for a criminal liability of these public entities, especially when these entities contribute to environmental pollution in the furtherance of their administrative tasks, *e.g.* when granting unlawful licences. Therefore this chapter is also focused on the need for a reform of environmental criminal law. The legislator must provide a more adequate protection of environmental values by means of creating less administrative dependend criminal provisions. Such a reform should also include the review of the environmental provisions in the Penal Code (articles 173a en 173b) in a sense that these provisions can be more easily applied not only on private entities, but also on the licensors.

Chapter III deals with the question under what conditions public entities can be held criminally liable for environmental pollution. This chapter uses a comparative approach, because most of the dilemmas have been discussed in the legal doctrine of other western countries, especially in Germany and Belgium. After commenting the recent developments in Dutch jurisprudence I describe the different problems in the other legal systems. The result of this comparative research can be summed up as follows. From a substantive-law point of view the Netherlands and France have more or less chosen for a similar threefold solution. First, both countries have excluded the State from any criminal liability: the State has an absolute immunity from prosecution. Second, decentralised public authorities, like municipalities, only have an immunity from prosecution when they have committed a crime within the framework of an exclusive administrative task (Netherlands), or when that task can not be delegated to private persons or enterprises (France). Third, other public entities, like state-universities, remain criminal liable. However, an important difference between these two legal systems is that France has chosen in 1994 for an explicit statutory provision that has introduced these immunities in the French Penal Code (article 121-1), while the Dutch solution is the result of a difficult and complex jurisprudence. The Belgian system is quite unique, because it has chosen for a radical, but undesirable approach. The new article 5 of the Belgian Penal Code, introducing in 1999 the criminal liability of legal persons, excludes all public authorities from criminal liability, without making any distinction between the State and decentralised public authorities, and without differentiating between different (private or public) kinds of governmental wrongdoing. This creates a discrimination between public and private entities. It has for a consequence that the Belgian

prosecution remains focused on the liability of individuals within public authorities, also when the latter are in fact collectively responsible for the environmental pollution. An analysis of Belgian jurisprudence clearly shows that such an individualistic approach is complicated, unrealistic and insufficient, because in most cases of environmental crimes the responsibility is a corporate or collective one, and can therefore not be efficiently limited to the criminal liability of one or more individuals within the organisation of the public entity. The German jurisprudence offers the same conclusion. Theoretically the German legal system provides in the possibility of imposing fines on public entities through the use of the *Ordnungswidrigkeitengesetz*, which is a kind of administrative criminal law, but in practice the prosecution remains mainly focused on the criminal liability of individual civil servants, the so-called *Amtsträgerstrafbarkeit*. It is striking that the criminal liability of civil servants is for a very large part based upon a violation of rather vague duty of care norms. This is being criticised in the German doctrine, because such a criminal liability is not effective due to the collective responsibility of the public entity involved, and also because such a large individualisation of collective 'guilt' can be questioned from the perspective of the rule of law. Such individualism can lead to prosecuting larger numbers of lower personnel. This is an enforcement strategy which is inequalitarian in tendency.

Chapter IV deals with the two criteria for immunity that are developed in Dutch jurisprudence: the public body or subjectcriterion and the exclusive administrative taskcriterion. Similar criteria can be found in the French system (article 121-1 Penal Code). These criteria are the backbone of the immunity, because public entities (other than the State) are only excluded from criminal prosecution when these criteria can be invoked by the public entity. A public entity must be a public body in the sense of article 7 of the Dutch Constitution and the criminal offence must be committed within the framework of an exclusive administrative task, i.e. a task that according to the Supreme Court can only be executed by civil servants. I conclude that the subjectcriterion is quite arbitrary and unclear. It seems that the subjectcriterion is merely motivated by the presence of democratic control within the organisation of the public bodies that are mentioned in article 7 of the Constitution. But since the Supreme Court has decided in *Pikmeer II* that political responsibility and democratic control do not exclude criminal liability, this criterion needs more clarification: the question remains unanswered why only democratically organised public bodies can have an immunity from prosecution, especially when this democratic control in itself does not hinder the already existing criminal liability of individual civil servants operating within these bodies. The subjectcriterion does not give a reasonable basis for the immunity and offers only an arbitrary distinction between different kinds of public entities. The second criterion prescribing that immunity is only possible when the criminal offence is committed within the framework of an exclusive administrative task gives rise to many problems. First, one may conclude that making a clearcut distinction between exclusive administrative (or governmental) tasks and other (administrative) tasks is very difficult. It can also be questioned whether such a distinction works in practice. When we compare this rule with the current system of civil liability of public bodies it is interesting to see that there are no objections against civil judicial control of exclusive administrative tasks. It is unclear why a comparable judicial control should remain

impossible for the criminal judge. Therefore the conclusion is that exclusive administrative tasks should no longer be exempt of criminal judicial control.

Chapter V deals with some arguments for and against the immunity of public entities. The most important arguments for immunity are the separation of powers (*trias politica*), the primacy of democratic or political and administrative control, and the loss of confidence in public authorities when the latter are prosecuted. An important ratio of these arguments seems to be that it should remain impossible for the criminal judge to control the discretionary power of public authorities: criminal liability thwarts democratic and administrative control. Furthermore it is argued that these instruments are already a good alternative for criminal prosecution and make a criminal liability superfluous. These arguments are however not very convincing. First, the primacy of democratic control is as much valid in cases where public entities do not have an immunity, *e.g.* when they commit criminal offences within the framework of an ordinary (not exclusive) governmental task. Second, the sole fact that public bodies have a discretionary power is in itself not an impediment for judicial control by a criminal judge, because other judges can already exercise this control. The criminal judge must therefore have the same competence as the civil or administrative judge in matters of unlawful conduct of public authorities. Second, democratic and administrative control are no alternative effective instruments for criminal liability, especially when serious criminal offences are committed. Applying the democratic or administrative instruments in cases of serious criminal offences as an alternative for prosecution could lead to an undesirable change of the political or administrative nature of these instruments. Of course, the primacy of democratic control can justify and explain that the instrument of criminal liability should be used diligently by the Public Prosecution. Society is not served with a which hunt against public authorities and civil servants.

The arguments against the criminal liability of the State are dealt with separately in this chapter. The two main arguments for State-immunity are: (1) a criminal liability is *impossible* because it means that the State has to prosecute itself; (2) a criminal liability is *not efficient* because in the end the State pays to itself the judicially imposed fine. Both arguments are however not convincing, because the mistake is being made of viewing the State as an indivisible super-entity. Such a view is not realistic. In other fields of law (civil and administrative law) it is accepted that the State 'sanctions' itself. Again the question arises why this should be different in criminal law. What really happens when a fine is judicially imposed on the State is that one government department, with its own separate budget, pays for the fine to another government department. If the accounts of government are to reflect the true costs and benefits of running each department then the recording of a judicially imposed fine as an item in the outgo of one department and the income of another department is an entirely proper procedure. The fine paid by one department (*e.g.* Defense) to another (Justice) can have a deterrent effect. The so-called indivisibility of the State is rather fictitious, and is mainly the result of the fact that the criminal liability of public entities is linked in article 51 of the Dutch Penal Code with the concept of civil legal personality. It is the State which has legal personality, and not the public entities operating within the State. It seems therefore more reasonable to focus the criminal liability on the public entity or organisation which has *de facto* violated the law, instead of prosecuting the State. This

is a more realistic approach. The advantage of such a system would also be that the arguments for State-immunity are no longer valid, because the prosecution is no longer concentrated on the State itself, but on the real offenders, the public entities that operate within the State.

Chapter VI deals with the question how the perpetration of public entities can be successfully established in substantive criminal law, once they can be prosecuted for an environmental offence. In order to answer this question this chapter gives a critical overview of the different perpetration (or offender) criteria that are being developed in jurisprudence and legal doctrine. The purpose of such an overview is to evaluate the perpetration (and the criminal liability) of public entities from the perspective of the principle of guilt. I conclude that it is not possible to define one all encompassing criterion for the corporate perpetration of public (or private) entities. If one wants to make corporate perpetration effective, one must take into account the different organisational set-ups and specific characteristics of public entities. I also advocate that different perpetration criteria should be used for the different environmental crimes (e.g. by taking into account the distinction between offences and misdemeanours). There exists a certain danger that public entities risk criminal liability for everything that goes wrong within their organisation: a risk-liability must therefore be avoided by demanding a more differentiated use of more explicit perpetration-criteria.

Chapter VII compares the "power" of licenses in the various national criminal laws governing the environment. The administrative dependency of environmental criminal law provides a major argument for making public authorities criminally liable if through their negligent granting of licenses they contribute to an intolerable degree of environmental pollution. The problem occurs in particular where the unlawful granting of licenses has an exculpatory effect, or when these licences are being invoked by the licensee as justification grounds. For this reason, this chapter first examines the consequences for the criminal judge and the licensee under the criminal law if a license is granted in contravention of written or unwritten law. In Germany, for instance, testing to the criminal law (judicial review of the licence) proves to be very limited as a result of a strong "Verwaltungsakts-akzessorietät". Consequently, the justiciable (the licensee) possessing an unlawfully granted, but valid, license will be acquitted in a number of cases, if charged with trading without a (lawful) license. In the Netherlands, the criminal judge must respect the *formal* legal power of individual administrative decisions, but this only seems to play a decisive role in administrative decisions that are *obligatory* in nature, namely where the justiciable argues in his defence that the license conditions which he allegedly violated are unlawful. If the Public Prosecutor charges the defendant with trading without a lawful *extinctive* license, nothing seems to prevent judicial review by the criminal judge. This entails that, in the Netherlands, limited testing power (judicial review) does not necessarily constitute an impediment to the criminal enforcement of environmental law: the Public Prosecutor can assert the unlawfulness of extinctive licenses. In such cases, the criminal judge has the power to test the decision, which means that unlawful extinctive licenses do not automatically exculpate a person. On the other hand, it has become clear that the formal legal power of licences may be detrimental to the defendant's legal position, because he

cannot invoke the unlawful nature of the condition breached by him before the criminal court. In such instances, criminal judges have no choice but to respect its formal legal power. It was therefore advocated that criminal judges be empowered to test all licenses to written and unwritten law. Belgian law seems to provide for the most far-reaching judicial review or testing to the criminal law. The Belgian criminal judge has an *ex officio* constitutional duty to test each administrative action (article 159 Belgian Constitution). As a result of this broad testing duty, both the Public Prosecutor and the citizen may in all instances allege the unlawfulness of the administrative decision.

This Chapter also examines the need for separate criminal provisions governing the unlawful granting of licenses. After all, unlawfully granting licenses does not constitute a criminal offence in itself and numerous environmental norms are exclusively addressed at licensees and those subject to licensing, so that licensing authorities lack the required perpetrator quality. The licensor can only be prosecuted as an accomplice in the offence committed by the licensee. Dogmatically, there seem to be no overwhelming objections against applying the rules of criminal participation to environmental offences, which would render the licensor criminally liable. It must be stressed, however, that criminal liability on the grounds of complicity can hardly be accomplished where there are no alternatives to the abstract offences endangering life or property, in as much as they mainly make breaching administrative duties a criminal offence and do not protect the environment directly. In this respect, the study into criminal liability for the unlawful granting of licenses produces an additional argument for a review of existing environmental criminal law. In addition to this, it is important to remember that criminal judges must have the power to test the granting of licenses to written and unwritten law. If criminal judges are held to respect (the formal legal power of) licenses, in spite of their clearly being unlawful substantively, both the licensee and the licensor cannot be held criminally liable. However, these possible impediments do not justify legislative intervention in the sense that a separate offence ought to be created for the unlawful granting of licenses. First and foremost, the testing powers (or judicial review) of Dutch criminal judges are not limited to the extent that the license invoked by the justiciable does not possess formal legal power, if the Public Prosecutor alleges the unlawfulness of the license. The Netherlands varies greatly in this respect with Germany, where criminal testing of licenses is most problematic and where licensees committing an environmental crime are also able to hide behind unlawfully granted licenses. It is this limited testing power of the German criminal judge in particular, which has brought forward arguments for an "Amsträgerstrafbarkeit für fehlerhafte Genehmigung" in environmental criminal law, because as a result of the exculpatory effect of unlawfully granted licenses the real perpetrators are able to escape liability. In the Netherlands, these drawbacks are not so prominent, because licensees have very few possibilities of invoking the unlawfulness of a license.

In chapter VIII the most problematic issues are summarized and recommendations are given. The most important conclusion is that the absolute immunity of the State and the partial immunity of public bodies, in other words, the principle that public authorities should (in some cases) be excluded *a priori* from criminal liability, represents a one sided view of the purpose of criminal law; a view that criminal law is (only) an instrument, a 'tool

box' in the hands of the government for policing society and the regulation of citizens and private entities. Such a view is no longer justified: not only from the perspective of the rule of law, but also from the perspective of the protection of the environment. It is unrealistic to expect from citizens and enterprises that they act in accordance with environmental regulations, while the public 'regulators' themselves can not be prosecuted, especially when they are failing in their environmental law duties. The arguments for immunity are often one sided and not convincing. Another conclusion is that the immunity criteria for public bodies that are developed by the Supreme Court are theoretically not well founded, not working in practice and rather arbitrary. As a whole there is no longer any ratio for the existing immunities. I therefore recommend that all public bodies (including the State) should in principle be considered as prosecutable. Exceptions to this rule must not be solved on the level of prosecutability, but on the substantive level of justification grounds. Another recommendation concerns the criminal liability of public entities that belong to the State. I recommend a review of article 51 Penal Code in order to make prosecution of these public entities possible: this means that public entities that lack legal personality and therefore fall automatically under the legal personality (and also under the absolute immunity) of the State, have to be considered in criminal law as legal persons in the meaning of article 51 Penal Code. In other words, the legal person concept of article 51 Sr has to be enlarged in such a way that it also includes public entities that lack legal personality. Other recommendations deal with the problem of criminal liability of public bodies for granting unlawful licences. I recommend that the problems that may arise when administrative agencies grant unlawful licences - for example questions with regard to the judicial review of these licences, and whether unlawful licences can still be invoked as justification grounds- have to be solved by a substantive reform of current environmental criminal law, and not by using criminal law for the punishment of licensors. There is no need for a separate criminal provision that punishes the unlawful granting of permits, once the legislator creates a less administrative dependend environmental criminal law, because than the rules of criminal participation to environmental offences can be more easily applied. In the legal doctrine the absolute administrative dependency (*Verwaltungsakts-akzessorietät*) is often used as an argument for criminal liability of administrative agencies who fail to fulfill their environmental tasks, but a more reasonable solution of the disadvantages of an absolute administrative dependency can be found in a reform of this administrative dependency, rather than introducing a separate criminal liability for the unlawful granting of licences. The prime focus of environmental criminal law should remain on those who pollute the environment, the licencees, and not on the public authorities, the licensors.